

Sentencia T-510/15

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental autónomo en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que éstas se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a “afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”, razón por la cual el Estado deberá garantizarles los servicios de seguridad social integral. El derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

DERECHO A LA SALUD-Requisitos que deben acreditar para la procedencia de la tutela

Este mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho. Igualmente, ha considerado esta Corporación, que la tutela es procedente en los casos en que “(a) se niegue, sin justificación médico – científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios”. En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de las personas de la tercera edad, este derecho adquiere mayor relevancia por las causas que, naturalmente conlleva la vejez.

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA EN TUTELA-Configuración

Esta Corte ha señalado las posibilidades de su promoción, así: (i) del ejercicio directo, es decir quién interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o, en su defecto, el poder general respectivo; y (iv) por medio de agente oficioso.”

SERVICIO DE ENFERMERIA DOMICILIARIA DENTRO DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD-Médico tratante deberá ordenarlo

Respecto al servicio domiciliario de enfermería, esta Sala encuentra que, en concordancia con lo dispuesto por la Resolución 5521 de 2013, constituye una modalidad de prestación de salud extra hospitalaria “que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia”. Además de ello, se evidencia que dicho servicio está incluido en la cobertura de beneficios del POS y, por tanto, debe ser garantizado por las EPS. Así pues, para que un afiliado pueda acceder a ese servicio de salud, basta que el médico tratante determine con “el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología” la necesidad del servicio pretendido, pues es el profesional de la salud quien tiene los conocimientos para determinar qué tan imperiosa resulta la solicitud.

El principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que, a su vez, contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los aquejan y que, por tanto, no están en capacidad de proveer su propio cuidado. Así pues, en primera instancia, los familiares son los llamados a responder por el cuidado y la atención del afectado, sin embargo, cuando ello no se pueda cumplir, la obligación se traslada, subsidiariamente, al Estado con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD A TRAVES DEL FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES-Programa de atención domiciliaria

El contratista deberá prestar servicios de salud domiciliarios en todos los puntos de atención, a los pacientes que por su estado de salud, de acuerdo al criterio médico, se encuentren incapacitados crónica o temporalmente para desplazarse a los sitios de atención, por lo menos se prestará este servicio una vez al mes para pacientes crónicos de acuerdo al protocolo de manejo de atención domiciliaria incluido en el Anexo 4.9. Este servicio se deberá brindar en todos los sitios de atención por un equipo multidisciplinario integrado por Medicina General, Psicología, Nutrición, Terapia Física, Terapia Respiratoria, Enfermera, excepto en Nivel 1 donde será atendido por el médico de la localidad. En el caso de los usuarios inscritos en el Plan de Atención Domiciliaria y como quiera que se trata de pacientes con limitación para el desplazamiento; los cuales usualmente tienen un tratamiento definido por tratarse de pacientes crónicos; dentro de la misma visita domiciliaria mensual el Contratista garantizará el suministro de los medicamentos a través del Médico que realiza la misma, excepto en el caso de que se formulen nuevos medicamentos. En el caso de que este nuevo medicamento se continúe en forma crónica deberá ser incluida su entrega en las visitas posteriores.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden de suministrar servicio de enfermería domiciliaria

Referencia: expedientes acumulados T-4.847.372 y T-4.848.231

Demandante:

Luzmila Sibaja Guerra como agente oficioso de Genoveva Guerra Posada y Catalina Lizcano como agente oficioso de Silvio Lizcano Díazgranados

Demandado:

Coosalud EPS y Médicos Asociados S.A.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C, diez (10) de agosto de dos mil quince (2015)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos (i) el veintiocho (28) de octubre de 2014 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caucasia, en el trámite iniciado por Luzmila Sibaja Guerra, en calidad de agente oficioso de la señora Genoveva Guerra Posada, contra Coosalud EPS y (ii) el veintidós (22) de septiembre de 2014 por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, que a su vez, confirmó el dictado el veintinueve (29) de agosto de la misma anualidad por el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías, en el trámite iniciado por Catalina Lizcano González, en calidad de agente oficioso del señor Silvio Lizcano Díazgranados, contra Médicos Asociados S.A.

I. ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política y el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número Cuatro de la Corte Constitucional, mediante auto del dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015), decidió seleccionar para revisión los fallos de tutela correspondientes a los expedientes T-4.847.372 y T-4.848.231. De igual forma, en dicho proveído, la Sala resolvió acumular estos expedientes, por presentar unidad de materia, para que fueran fallados en una misma sentencia.

II. ANTECEDENTES

1. Expediente T-4.847.372

1.1 La solicitud

La señora Luzmila Sibaja Guerra promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su madre, Genoveva Guerra Posada, los cuales considera vulnerados por Coosalud EPS, al no autorizar

el servicio de enfermería domiciliaria.

1.2 Reseña fáctica

- Genoveva Guerra Posada tiene a la fecha, 80 años de edad, y está afiliada al régimen subsidiado de salud a través de Coosalud EPS. Vive con sus 2 hijos, Luzmila y Rafael de Jesús Sibaja Guerra.
- Padece de “insuficiencia renal crónica” por lo que debe realizarse 4 veces al día, el procedimiento de “diálisis peritoneal”.
- La señora Luzmila Sibaja Guerra manifiesta que su madre es quien se realiza el procedimiento que requiere su enfermedad, no obstante, debido a su avanzada edad, cada vez se le dificulta más su práctica y, tanto ella como su hermano laboran para la manutención del hogar, situación que los imposibilita para ayudar a su madre.
- En consecuencia, solicitó a Coosalud EPS la autorización para servicio de enfermería domiciliaria, de manera que fuera un profesional de la salud quien realizara las diálisis necesarias.
- El 20 de agosto de 2014, la EPS respondió que la realización de las “diálisis peritoneal” estaba a cargo del paciente o del cuidador primario y que, por tanto, la solicitud no podía ser autorizada.
- La señora Luzmila sostiene que no cuenta con los recursos suficientes para costear el servicio de enfermería domiciliaria pues, ella y su hermano, requieren de lo poco que devengan para el sostenimiento de sus hijos y su madre.

1.3 Pretensión

La señora Luzmila Sibaja Guerra pretende que se le amparen a su madre Genoveva Guerra Posada los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a Coosalud EPS que autorice el servicio de enfermería domiciliaria para que sea un profesional de la salud quien le practique, 4 veces al día, el procedimiento de “diálisis peritoneal”.

1.4 Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Luzmila Sibaja Guerra (folio 4).
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Genoveva Guerra Posada (folio 5).
- Copia del certificado laboral del 17 de septiembre de 2014, expedido a la señora Luzmila Sibaja Guerra en el que consta que devenga un salario mínimo legal mensual vigente en el cargo de vendedora de mostrador (folios 6 y 7).
- Copia de la respuesta a la petición elevada por la señora Luzmila Sijbaja Guerra a Coosalud EPS del 20 de agosto de 2014 (folio 8).
- Copia del certificado laboral expedido el 19 de septiembre de 2014 en el que consta que Rafael de Jesús Sijaba Guerra labora en la empresa El Cosechero, desde el 4 de agosto de 2012 (folio 9).

1.5 Oposición a la acción de tutela

El catorce (14) de octubre de 2014, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caucasia, admitió el recurso de amparo y corrió traslado a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones propuestas en la presente acción. De igual forma, el 16 de octubre de 2014, vinculó a la Dirección de Salud Seccional de Antioquia para los mismos efectos. No obstante, una vez vencido el término dispuesto para ello, ninguna de las entidades ejerció su derecho de defensa.

1.6 Decisión de primera instancia

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caucasia, en providencia del veintiocho (28) de octubre de 2014, negó las pretensiones de la accionante al considerar que, de las pruebas aportadas, no es posible evidenciar que el médico tratante hubiera emitido alguna orden de enfermería domiciliaria tal como lo contempla el Artículo 1° del Acuerdo 029 de 2011 y que, para la realización del procedimiento de diálisis, el paciente había sido capacitado por la EPS.

2. Expediente T-4.848.231

La señora Catalina de Jesús Lizcano promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su padre, el señor Silvio Lizcano Diazgranados, los cuales considera vulnerados por Médicos Asociados S.A., al no autorizar el servicio de enfermería.

2.2 Reseña fáctica

- El señor Silvio Lizcano Diazgranados tiene a la fecha 89 años de edad y se encuentra afiliado al régimen contributivo, en calidad de cotizante, a través del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales. La IPS Médicos Asociados S.A. es quien le brinda el servicio de salud.
- Padece de “secuelas de enfermedad cerebro vascular”, “hipertensión arterial”, “gota” y “trastorno deglutorio”, razón por la cual le fue ordenado, por el médico tratante adscrito a la entidad, terapias físicas integrales, terapia fonoaudiológica mientras que, para el padecimiento alimenticio, le recomendó la administración de Ensure, vía “sonda de gastrostomía”.
- La señora Catalina Lizcano González asegura que su madre, Manuela Salvadora González, tiene 78 años de edad y no tiene ni los conocimientos ni los recursos necesarios para atender las múltiples enfermedades de su padre, por tanto, solicitaron a la entidad accionada la entrega de una “máquina de bomba de infusión de alimentación” y la autorización para las terapias físicas, fonoaudiológicas y ocupacionales domiciliarias, insumos que no han sido entregados a pesar de haber sido recomendados por el médico tratante, como también el servicio de enfermería, el cual consideran importante para cuidar los padecimientos del señor Silvio.
- Advierte, igualmente, que sus padres carecen de los ingresos suficientes para sufragar, por sus propios medios, todos los implementos que requieren para salvaguardar su salud y su vida en condiciones dignas.

2.3 Pretensión

La señora Catalina Lizcano González pretende que se le amparen a su padre Silvio Lizcano Diazgranados los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia,

se ordene a Médicos Asociados S.A. que autorice la entrega de una “máquina de bomba de infusión de alimentación” y las terapias físicas, fonoaudiológicas y ocupacionales domiciliarias ordenadas por el médico tratante, así como también, el servicio de enfermería que consideran necesario para atender la salud del señor Lizcano Diazgranados.

2.4 Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia del poder otorgado a un abogado para representar los derechos del señor Silvio Lizcano Diazgranados durante el trámite de la acción de tutela (folios 5 y 6).
- Copia del formato de ingreso y aceptación al programa de atención domiciliaria, expedido el 1º de agosto de 2014, al señor Silvio Lizcano Diazgranados (folio 7).
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Manuela Salvadora González González (folio 8).
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Catalina Lizcano González (folio 9).
- Copia de las ordenes médicas e historia clínica del señor Silvio Lizcano Diazgranados, emitidas por la Clínica Fundadores (folios 10 a 23).

2.5 Oposición a la acción de tutela

El catorce (14) de agosto de 2014, el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, admitió el recurso de amparo y corrió traslado a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones propuestas en la presente acción de tutela. De igual forma, vinculó a la Superintendencia Nacional de Salud, al médico tratante adscrito a la entidad de salud para que informara la manera en la que debía suministrarse el alimento Ensure al paciente, a la CIFIN para que se pronunciara sobre la actividad crediticia del señor Silvio Lizcano, como también a la DIAN para que informara acerca de su inscripción al RUT.

Así mismo, como medida provisional, ordenó al médico tratante adscrito a la entidad accionada que, dentro de las 10 horas siguientes a la notificación del auto admisorio, realizara una visita a la residencia del paciente, a fin de que se explicara a los familiares la forma cómo debía suministrársele la alimentación. También, ordenó la entrega de 10 latas

de Ensure comoquiera que fue la alimentación requerida. Respecto del servicio de enfermería, el juez constitucional no consideró necesario reconocerlo, en la medida en que no era una solicitud que se relacionara directamente con su derecho a la salud.

Posteriormente, el 26 de agosto de la misma anualidad, se vinculó a la causa por pasiva al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, no obstante, una vez vencido el término estipulado para ello, la entidad no ejerció su derecho de defensa.

2.6 Médicos Asociados S.A.

El 22 de agosto, respondió que, la IPS, no era la entidad competente para suministrar lo requerido por el accionante, pues su aseguradora era el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales.

Posteriormente, en la visita de auditoría médica realizada el 20 de agosto de 2014 se determinó que:

“El paciente Silvio Lizcano Diazgranados tiene 84 años[1] diagnosticado con secuelas de enfermedad cerebro vascular, hipertensión arterial, gota y trastorno deglutorio y tiene por cuidador a su esposa la señora Manuela Salvadora González González. Que hace más de dos meses viene presentando evolución de caída de escalas ECV[2], manejado hospitalariamente en la Clínica Fundadores y dado su egreso se vio deteriorado neurológicamente, sin reconocer a nadie, por lo que se hospitalizó nuevamente. El día 3 de agosto de 2013 salió del centro hospitalario, reconoce a la familia, sin embargo, es dependiente para las actividades de la vida diaria. Se evidenció que la familia alquiló cama hospitalaria y contrató el servicio de enfermería para el cuidado del paciente.

Según la auditora el señor Lizcano se encuentra en regulares condiciones general, postrado en cama y que, durante la visita, no tuvieron interacción pues no hubo respuesta verbal. Presenta incontinencia urinaria y fecal y no requiere uso de oxígeno suplementario. Adicionalmente, a la fecha se encuentra en manejo de plan de atención por terapias físicas y de lenguaje, las cuales se tramitaron inmediatamente en el programa de atención domiciliaria además, se emitió autorización dirigida al proveedor para la práctica de dos terapias semanales.

Como conclusión, se tuvo que el paciente maneja medicación para administración mediante sonda de gastrotomía, sin requerimientos de enfermería 24 horas dado que no necesita monitorización permanente ni realización de procedimientos como cateterización, aplicación intravenosa de medicamento o cambios de sonda diarios.

Respecto de la bomba de infusión, se hará la solicitud de la misma para entregarla al accionante y efectuar la capacitación a la cuidadora con el fin de garantizar la adecuada administración de Ensure, una vez cumplido esto, se informará al despacho para que repose en el expediente"[3]

Por lo anterior, considera no haber vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Silvio Lizcano Diazgranados, pues se han brindado todos los servicios que ha requerido.

2.7 DIAN

La dirección informó al despacho judicial que el señor Silvio Lizcano Diazgranados no figuraba como contribuyente según su base de datos.

2.8 CIFIN

La entidad informó, que "cuenta con un área especializada en la operación de información que es totalmente independiente de las fuentes que reportan tal información. La CIFIN no forma parte de la relación contractual que surge o existe entre las fuentes y sus clientes, razón por la cual desconoce el contenido y condiciones de los contratos, así como las diferencias que surjan de la ejecución de estos".[4]

2.9 Superintendencia Nacional de Salud

La jefa de la oficina jurídica de la entidad, sostuvo que el accionante se encuentra vinculado como cotizante al régimen contributivo a través del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales y que, como la acción de tutela estaba dirigida a la autorización de los servicios de terapias físicas, fonoaudiológicas y ocupacionales, la solicitud debía elevarse a la EPS, comoquiera que tales tratamientos se encuentran incluidos en el POS.

Sostuvo, igualmente, que en la Resolución 5521 de 2013[5], no se encuentra contemplada

la entrega de la bomba de infusión de alimento, motivo por el cual la EPS debe estudiar la entrega del insumo a través del Comité Técnico Científico.

Por último, solicitó que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del accionante.

2.10 Decisión de primera instancia

El Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, en providencia del 29 de agosto de 2014, tuteló los derechos fundamentales del señor Silvio Lizcano Diazgranados y ordenó al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales y a Médicos Asociados S.A., que, en el término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación del fallo, autorizaran las terapias requeridas conforme con lo ordenado por el médico tratante. Asimismo, dispuso que, de manera inmediata, se entregara la bomba de infusión de alimentos para el manejo del trastorno de deglución sin dilaciones ni demoras, así como la atención integral para la patología de “accidente cerebro vascular encefálico agudo no especificado como hemorrágico e isquémico.”

Por último, negó el servicio de enfermería, pues el médico tratante consideró, durante la visita realizada al domicilio del paciente, que este no era necesario.

2.11 Impugnación

La parte actora, impugnó el fallo de tutela al considerar que el servicio de enfermería era necesario para el paciente, en la medida en que la cuidadora, la señora Manuela Salvadora González González, cuenta con 81 años y no tiene el conocimiento para el manejo de la bomba de infusión, así como tampoco, los medios necesarios para costear este servicio.

2.12 Segunda instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, mediante proveído del 22 de septiembre de 2014, confirmó, en todas sus partes, el fallo de primera instancia, acogiendo a los argumentos del a quo.

2.13 Actuación surtida en sede de Revisión

Dentro del trámite de Revisión, se evidenció, a través de la página web del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales que, a partir del 15 de diciembre de 2014, a través de la Resolución 3163 de 2014, se adjudicó el contrato de prestación de servicios de salud a la entidad Emcosalud EPS, por ello, el Magistrado Ponente, decidió que debía vincularse a esa entidad a la causa por pasiva. Al efecto, en el auto dictado el veintiuno (21) de julio de 2014, la Sala resolvió:

“PRIMERO: ORDENAR que por conducto de la Secretaría General, se ponga en conocimiento de Emcosalud EPS el contenido del expediente T-4.848.231 para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, se pronuncie respecto de los hechos, las pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela.

SEGUNDO: ORDENAR que por conducto de la Secretaría General, se ponga en conocimiento el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia el contenido del expediente T-4.848.231 para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, remita copia de la Resolución 3163 del 15 de diciembre de 2014”.

El 10 de agosto de corriente año, la Secretaría General de esta Corporación, informó que, vencido el plazo para allegar las pruebas decretadas, no se recibió contestación de ninguna de las entidades oficiadas.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas (i) el 28 de octubre de 2014, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caucasia dentro de la acción de tutela T-4.847.372 y (ii) el 22 de septiembre de 2014, por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Bogotá, que, a su vez, confirmó la dictada el 29 de agosto de 2014 por el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar, si en los casos puestos a consideración, existe vulneración a los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, de Genoveva Guerra Posada y de Silvio Lizcano Díazgranados por parte de Coosalud EPS y Médicos Asociados S.A. al negar la autorización del servicio de enfermería domiciliaria para tratar los padecimientos que los aquejan.

Con el fin de solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala de Revisión se pronunciará sobre (i) el derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad, como sujetos de especial protección, y (ii) el servicio de enfermería domiciliaria dentro del sistema general de salud, para luego resolver los casos concretos.

3. Procedibilidad de la acción de tutela

3.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona a objeto de reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En armonía con lo dispuesto por dicha norma superior, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991[6], establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

En desarrollo del citado artículo, esta Corte ha señalado las posibilidades de su promoción, así: (i) del ejercicio directo, es decir quién interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas

jurídicas; (iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o, en su defecto, el poder general respectivo; y (iv) por medio de agente oficioso.”[7]

En esta oportunidad, las señoras Luzmila Sijaba Guerra y Catalina Lizcano González, agencian los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Genoveva Guerra Posada y de Silvio Lizcano Diazgranados, respectivamente, pues los dos, en su condición de sujetos de especial protección y delicado estado de salud, no pueden instaurar por sus propios medios la acción de tutela. Así pues, según lo observado en los expedientes T-4.847.372 y T-4.848.231, los agentes oficiosos cumplen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para proceder como tal, por lo tanto están legitimados para defender los derechos fundamentales de sus representados.

3.2. Legitimación pasiva

Coosalud EPS y Médicos Asociados S.A, tienen como labor la promoción del servicio público de salud, por tanto, de conformidad con el artículo 5º y el numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[8], están legitimados como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión.

4. Derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Al efecto, esta Corporación señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de

quien demanda el servicio de salud.”[9].

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto de dijo:

“[E]l derecho fundamental a la salud como autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que éstas se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a “afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”[10], razón por la cual el Estado deberá garantizarles los servicios de seguridad social integral[11].

En virtud de ello, esta Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

A propósito, esta Corporación ha señalado que “es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”[12].

Así pues, este mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.[13]

Igualmente, ha considerado esta Corporación, que la tutela es procedente en los casos en que “(a) se niegue, sin justificación médico – científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios[14]”.

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de las personas de la tercera edad, este derecho adquiere mayor relevancia por las causas que, naturalmente conlleva la vejez.

5. El servicio de enfermería domiciliaria dentro del Sistema General de Salud. Reiteración de jurisprudencia

La Ley 100 de 1993[15] contiene el marco legal por medio del cual se desarrollan los derechos de los afiliados al Régimen de Seguridad Social en Salud, en este mismo articulado, se establece, también, un plan de salud obligatorio contentivo de medicamentos, procedimientos, tratamientos, etc., dispuestos para ser reclamados por los afiliados.

Actualmente, este plan obligatorio está definido íntegramente en la Resolución 5521 de 2013[16], la cual cubre a todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, independientemente de que se encuentren vinculados al régimen contributivo o subsidiado[17].

Conforme esta Corporación lo ha manifestado, todos los afiliados al sistema tienen derecho a exigir el suministro y acceso a las tecnologías en salud[18] que estén incluidas en aquel plan:

“Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera

autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.”[19]

En este orden de ideas, el acceso a cualquier actividad, intervención, insumo, medicamento, dispositivo, servicio o procedimiento que se encuentre incluido en la cobertura del POS, debe ser garantizado por el sistema a los afiliados, de tal manera que la negación de las Entidades Prestadoras de Salud al suministro de esas tecnologías constituye una vulneración del derecho a la salud de las personas.

Ahora bien, en lo que respecta al servicio domiciliario de enfermería, esta Sala encuentra que, en concordancia con lo dispuesto por la Resolución 5521 de 2013, constituye una modalidad de prestación de salud extrahospitalaria “que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia”[20]. Además de ello, se evidencia que dicho servicio está incluido en la cobertura de beneficios del POS y, por tanto, debe ser garantizado por las EPS[21].

Así pues, para que un afiliado pueda acceder a ese servicio de salud, basta que el médico tratante determine con “el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología”[22] la necesidad del servicio pretendido, pues es el profesional de la salud quien tiene los conocimientos para determinar qué tan imperiosa resulta la solicitud, ello por cuanto, el juez constitucional “no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial”[23].

No obstante, el servicio de enfermería está incluido en el plan obligatorio de salud, la Carta Política comprende que existen deberes que se desprenden del principio de la solidaridad los cuales son más exigentes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Así pues, los sujetos arriba mencionados son acreedores de un trato de especial protección por parte del Estado, la sociedad y, concretamente, de sus familiares más próximos o cercanos. En este sentido lo expresó la sentencia T-801 de 1998[24] de la siguiente manera: “(...) dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales”.

En concordancia con ello, la sentencia T-1079 de 2001[25] sostuvo que: “la Constitución, establece el principio de solidaridad social como parte fundante del Estado social de derecho, artículo 95 numeral 2, según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes”.

De igual forma, es importante aclarar que ese deber de solidaridad no puede menoscabar los derechos o las necesidades de los familiares cercanos, en virtud de la protección de los derechos del afectado, pues, no en pocos casos, el deber de solidaridad se contrapone a los deberes de los cuidadores primarios.

Es pertinente resaltar lo dicho en la sentencia T-782 de 2013[26], en la que se afirmó lo siguiente:

“En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia.”.

En resumen, el principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de

ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que, a su vez, contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los aquejan y que, por tanto, no están en capacidad de proveer su propio cuidado.

Así pues, en primera instancia, los familiares son los llamados a responder por el cuidado y la atención del afectado, sin embargo, cuando ello no se pueda cumplir, la obligación se traslada, subsidiariamente, al Estado con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud[27].

Por otro lado, resulta necesario aclarar la naturaleza de la prestación del servicio de salud a través del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales. El fondo, en virtud del artículo 130 y 236 de la Ley 100 de 1993, reglamentados por el Decreto 1890 de 1995, es una entidad adaptada para administrar la prestación de los servicios de salud de sus afiliados pensionados, como quiera que el artículo 10 del enunciado decreto estableció la posibilidad de que las entidades que ya manejaban servicios de salud o maternidad, continuaran funcionando, con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, así lo estableció:

“Artículo 10. Entidades objeto de adaptación. Las entidades a que se refiere el artículo 1º del presente Decreto que vienen amparando a servidores públicos en los riesgos de enfermedad general y maternidad que no se transformen en Entidades Promotoras de Salud, podrán continuar prestando el servicio de salud a aquellos servidores que se encontraban vinculados el 23 de diciembre de 1993, y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, en la forma como lo vienen haciendo”[28].

Entonces, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, es una entidad adaptada para seguir prestando el servicio de salud que, de conformidad con su régimen especial, posee su propio ordenamiento de suministros médicos, este está contenido en el Anexo No.4[29] en que se desglosa el Plan Obligatorio de Salud -POS- y los Planes de Atención Convencionales -PAC- dispuesto para los pensionados y beneficiarios de los programas de Puertos de Colombia y Ferrocarriles Nacionales.

En particular, este régimen no tiene dentro de sus beneficios el servicio de enfermería

permanente, no obstante, se habla, en el ítem 4.21, de los programas de atención domiciliaria, así:

“4.21. Programa de Atención Domiciliaria:

El contratista deberá prestar servicios de salud domiciliarios en todos los puntos de atención, a los pacientes que por su estado de salud, de acuerdo al criterio médico, se encuentren incapacitados crónica o temporalmente para desplazarse a los sitios de atención, por lo menos se prestará este servicio una vez al mes para pacientes crónicos de acuerdo al protocolo de manejo de atención domiciliaria incluido en el Anexo 4.9.

Este servicio se deberá brindar en todos los sitios de atención por un equipo multidisciplinario integrado por Medicina General, Psicología, Nutrición, Terapia Física, Terapia Respiratoria, Enfermera, excepto en Nivel 1 donde será atendido por el médico de la localidad.

En el caso de los usuarios inscritos en el Plan de Atención Domiciliaria y como quiera que se trata de pacientes con limitación para el desplazamiento; los cuales usualmente tienen un tratamiento definido por tratarse de pacientes crónicos; dentro de la misma visita domiciliaria mensual el Contratista garantizará el suministro de los medicamentos a través del Médico que realiza la misma, excepto en el caso de que se formulen nuevos medicamentos. En el caso de que este nuevo medicamento se continúe en forma crónica deberá ser incluida su entrega en las visitas posteriores

El Contratista deberá reportar al Fondo de Pasivo Social de FCN la información mensual acerca de los usuarios que reciban este tipo de atención. (Numeral 6.4. Informes Estadísticos Formato 4.21.17)”

6. Casos concretos

1. Expediente T- 4.847.372

La señora Luzmila Sibaja Guerra, instauró acción de tutela con el fin de que se le protegieran a su madre, Genoveva Guerra Posada, los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, los cuales considera vulnerados por Coosalud EPS al negarle la autorización del servicio de enfermería que indica requerir para practicarle, 4 veces al día,

el procedimiento de “diálisis peritoneal”.

La agenciada, quien tiene 80 años de edad y está afiliada al régimen subsidiado en salud a través de Coosalud EPS, padece de “insuficiencia renal crónica” motivo por el cual debe practicarse 4, veces al día, el procedimiento “diálisis peritoneal”. Aduce la señora Luzmila, que su madre es una persona de avanzada edad que no puede, por si sola, hacerse el procedimiento que requiere y que, tanto ella como su hermano, laboran para el sostenimiento del hogar y no están presentes en todo momento para ayudarla.

En vista de ello, solicitaron a la EPS Coosalud que autorizara el servicio de enfermería a favor de la señora Genoveva Guerra Posada para que fuera un profesional de la salud quien le realizara el procedimiento. El 20 de agosto de 2014, la entidad accionada respondió que la realización de la diálisis estaba a cargo del paciente o el cuidador primario y que, por ello, la solicitud no podía ser autorizada.

En consecuencia, la señora Luzmila Sibaja Guerra interpuso acción de tutela contra Coosalud EPS, solicitando la autorización del servicio de enfermería, para su madre, la cual fue conocida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caucasia quien admitió el recurso de amparo y corrió traslado a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones propuestas en la demanda, no obstante, una vez vencido el término, no se recibió contestación de la EPS accionada.

Posteriormente, el 28 de octubre de la misma anualidad, el a quo decidió negar las pretensiones de la accionante bajo la consideración de que no existía autorización del médico tratante para atender tal situación, así como lo contempla el Artículo 1° de la Resolución 029 de 2011 y que, además, para la realización del procedimiento que necesita, la paciente había sido capacitada por la EPS.

Ahora, en la parte considerativa de esta providencia se resaltó que, la salud es un derecho fundamental en sí mismo y que, cuando se trata de un sujeto de especial protección, como las personas de la tercera edad, este derecho reviste mayor importancia por la condición de debilidad manifiesta a la que conlleva el proceso natural de envejecimiento por lo que la acción de tutela se torna procedente para evitar su vulneración. Asimismo, se sostuvo que la acción de tutela se torna el mecanismo procedente cuando, una entidad amenaza con la vulneración del derecho fundamental.

Luego, al exponer el marco normativo del servicio de enfermería, se consideró que si bien este está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, la familia del paciente tiene una carga impuesta por la Carta Política respecto de la solidaridad que debe guardar para con sus familiares.

En un primer momento, el cuidado de la persona en situación de enfermedad, está a cargo de los familiares en virtud del principio de solidaridad, no obstante, cuando por causas particulares el cuidador primario no puede hacerse responsable del paciente, el Estado, subsidiariamente, debe responder.

Ahora bien, del caso concreto, resalta esta Sala que la señora Genoveva Guerra Posada padece de “insuficiencia renal crónica” y tiene, a la fecha, 80 años de edad, situación que la convierte en un sujeto de especial protección. Que, según la recomendación médica, debe realizarse 4 veces al día el procedimiento de “diálisis peritoneal” y si bien sostiene la EPS que fue capacitada para ello, en razón de su avanzada edad, realizarse el mencionado procedimiento le resulta complicado.

En este caso particular, tal como lo impone la Carta Política, sus hijos Luzmila y Rafael de Jesús, tienen con ella el deber de solidaridad, razón por la cual son los primeros llamados a atender los padecimientos de su madre, sin embargo, del escrito de tutela, se resalta que la agenciante debe laborar para mantener a sus hijos y a su madre y que, por tal motivo, no puede asistirle en la realización del procedimiento. Así las cosas, de conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia constitucional, en lo que respecta a la atención subsidiaria del Estado en la atención de las personas de la tercera edad, considera esta Sala pertinente realizar el estudio de procedencia de la solicitud de la accionante.

En la parte general de este proveído se resaltó que el derecho fundamental a la salud se vulnera cuando (i) a raíz de la amenaza se lesione, también, la dignidad humana, (ii) se afecte a un sujeto de especial protección y/o (iii) por falta de capacidad de pago, se ponga al paciente en una situación de indefensión.

Entonces, en primer término, puede establecerse que la falta de la enfermera afecta la dignidad humana de la señora Genoveva Guerra Posada en la medida en que, si bien la EPS la capacitó para que, por sus propios medios, se realizara la “diálisis peritoneal”, por las causas naturales del envejecimiento, se le ha empezado a dificultar dicha labor. Al efecto

cabe tenerse en cuenta que debe repetir el procedimiento 4 veces al día. En segundo término, es claro que la paciente es una persona de la tercera edad con 80 años quien, además, padece una enfermedad considerada catastrófica y de alto costo. Por último, está comprobado en el expediente que la paciente pertenece al régimen subsidiado en salud, situación de la que se desprende la incapacidad económica para adquirir, con sus propios recursos, el servicio de enfermería.

La Resolución 5521 de 2013, en su artículo 29, indica que el servicio de enfermería está incluido en el POS y que solo basta con que un profesional de la salud determine su pertinencia, no obstante, esta Sala ha evidenciado que, si bien es cierto la EPS brinda capacitación respecto del procedimiento de “diálisis peritoneal”, y que, en principio, el servicio debería ser autorizado por un médico, las circunstancias específicas de avanzada edad de la señora Genoveva, tornan imperiosa la ayuda de un profesional que la asista en la realización de las diálisis.

De acuerdo con los argumentos expuestos, la Sala revocará lo dispuesto por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cauca en su proveído sub examine de fecha veintiocho (28) de octubre de 2014, para, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Genoveva Guerra Posada, en consecuencia, ordenara a Coosalud EPS, que en término de tres (3) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, autorice y suministre el servicio de enfermería domiciliar para que sea un profesional de la salud quien le realice la “diálisis peritoneal” a la paciente.

2. Expediente T- 4.848.231

La señora Catalina Lizcano González acudió a la acción de tutela en procura de que se le ampararan a su padre, Silvio Lizcano Díazgranados, los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, los cuales considera vulnerados por Médicos Asociados S.A. al negar la entrega de los insumos como la máquina de bomba de infusión de alimentación y las terapias físicas, fonoaudiológicas y ocupacionales domiciliarias ordenadas por el médico tratante, así como también, el servicio de enfermería que consideran necesario para atender la salud del señor Lizcano Díazgranados.

El agenciado, tiene 89 años de edad y se encuentra afiliado al Régimen Contributivo, como cotizante principal, a través del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales y es,

Médicos Asociados S.A., quien le presta el servicio de salud. Está diagnosticado con “secuelas de enfermedad cerebro vascular”, “hipertensión arterial”, “gota” y “trastorno deglutorio”; para ello, el médico tratante le ordenó terapias físicas integrales y terapia fonoaudiológica, mientras que para el padecimiento alimenticio, se le recetó el suministro de Ensure por medio de una “sonda de gastrotomía”, que se realiza a través de una “bomba de infusión”.

El cuidado del señor Silvio Lizcano está a cargo de la señora Manuela Salvadora González González, su esposa, quien, actualmente, tiene 78 años de edad. Según la agenciante Catalina Lizcano González, sus padres no cuentan con los recursos necesarios para costear, todos los implementos de salud que requiere el señor Silvio.

Por ello, la señora Catalina Lizcano González interpuso acción de tutela, solicitando la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su progenitor, cuyo trámite correspondió al Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, quien admitió la acción de amparo y corrió traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho a la defensa. Asimismo, vinculó a la Superintendencia de Salud, al médico tratante, a la CIFIN y la DIAN, para tener información respecto de la capacidad económica del accionante. Posteriormente, vinculó al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones formuladas en la acción.

La entidad accionada, informó al despacho que no era la competente para autorizar los servicios requeridos por el señor Lizcano, pues las solicitudes elevadas debían ventilarse ante el Fondo Pasivo. Igualmente, indicó que se realizó una visita domiciliaria en la que se evidenció la afectación de la salud del paciente pues, aunque reconoce a la familia, no tiene interacción con otras personas. La auditora médica consideró, que el paciente no necesitaba enfermera pues no debía practicársele ningún procedimiento que requiriera conocimientos técnicos. No obstante, indicó que la “bomba de infusión” debía ser entregada pues era a través de esta que el paciente debía alimentarse.

Posteriormente, tanto la DIAN como la CIFIN, indicaron que no tenían información ni reportes que permitieran evidenciar la capacidad económica del señor Lizcano.

Por su parte, la superintendencia indicó que las terapias ordenadas estaban incluidas en el

POS y que, por ello, debían ser autorizadas por la EPS, sin embargo, sobre la bomba de infusión, indicó que como no había claridad en el suministro, la solicitud debía ser sometida al Comité Técnico Científico.

Así las cosas, el a quo, en sentencia del 29 de agosto de 2014, amparó los derechos fundamentales del agenciado y, en consecuencia, ordenó al fondo pasivo y a Médicos Asociados S.A. que, sin dilaciones, autorizaran al paciente las diferentes terapias ordenadas por el médico tratante y la “bomba de infusión” pues era necesaria para su alimentación. Respecto de la enfermera, el juez consideró que el servicio no era necesario comoquiera que el médico tratante así lo había considerado.

La agenciante impugnó parcialmente el fallo dictado, en la medida en que consideraba necesario que se autorizara el servicio de enfermería, pues su padre, se encuentra en grave estado de salud y necesita de atención especializada, sin embargo, en segunda instancia, el fallador confirmó en todas sus partes la sentencia de primer grado.

En la parte considerativa de esta providencia se estableció que la salud es un derecho fundamental en sí mismo y que, además, adquiere mayor relevancia y atención cuando está en cabeza de un sujeto de especial protección. En este caso, se invoca la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una persona de la tercera edad que, adicionalmente a su avanzada edad, padece múltiples afecciones de salud.

Por otra parte, se expuso que, si bien a través de la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema General de Seguridad en Salud, esta misma norma, permitió que diferentes entidades siguieran administrando, de forma paralela, los servicios de salud. Tal es el caso del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, el cual se estructuró como una entidad adaptada de salud y, comoquiera que no tiene la adecuación técnica para prestar el servicio, el fondo contrata con diferentes EPS para garantizar tal derecho fundamental.

Además, esta entidad adaptada, tiene un régimen especial de entrega de medicamentos y procedimientos similar al dispuesto por el sistema general de salud, contenido en el Anexo No.4 en que se desglosa el Plan Obligatorio de Salud -POS- y los Planes de Atención Convencionales -PAC- dispuestos para los pensionados y beneficiarios de los programas de Puertos de Colombia y Ferrocarriles Nacionales.

Ahora bien, en el trámite de revisión, el magistrado ponente evidenció que el 15 de diciembre de 2014, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales terminó el contrato suscrito con Médicos Asociados S.A. y, a través de la Resolución 3163 de 2014 contrató con Emcosalud EPS. Así pues, la entidad accionada ha perdido legitimación en la causa por pasiva, pues el afectado, ya no está afiliado a la entidad.

No obstante lo anterior, mediante auto del 21 de julio de 2015, la Sala Cuarta de Revisión vinculó y puso en conocimiento de Emcosalud EPS el contenido del expediente de la referencia, para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones de la demanda pero, vencido el término del traslado, la entidad guardó silencio.

De otro lado, en la parte general de esta sentencia se expuso que, si bien el deber de solidaridad social radica, en principio, en la familia, también es cierto que esta carga no puede perjudicar los derechos fundamentales de los llamados a responder, por tanto, en la situación actual, se evidencia que la cuidadora del señor Lizcano Diazgranados es su esposa, una señora de 79 años que, al igual, es un sujeto de especial protección al que resulta desmedido imponerle la carga del cuidado permanente de su esposo.

Puesto que, determinar la necesidad de un servicio de enfermería depende en un alto grado del conocimiento médico y, comoquiera que ya existe un concepto desfavorable respecto de su necesidad para la situación del señor Silvio, resultaría inapropiado para el juez constitucional eludir el concepto de un profesional de la salud, por tanto, lo que sí deviene razonable, es ordenar al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales que, a través de la entidad contratada, ordene una visita al domicilio del señor Silvio Lizcano Diazgranados, para que determine la necesidad del servicio de enfermería, para esta inspección, se deberá tener en cuenta la avanzada edad de la cuidadora principal, y el delicado estado de salud del paciente. De modo que el no suministro del servicio, si en ello se insiste, deberá quedar claro y suficientemente justificado por escrito.

En consecuencia, en procura de defender los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Silvio Lizcano Diazgranados, esta Sala modificará el fallo dictado el 22 de septiembre de 2014 por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, que a su vez, confirmó el dictado el 29 de agosto por el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad,

para, en su lugar, ordenar al Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales, que en el término de cinco (5) días hábiles a partir de la notificación de esta providencia, a través de la institución prestadora de salud con la que tenga contrato, realice, con un profesional de la salud, una visita domiciliaria al señor Silvio Lizcano Diazgranados, a fin de determinar la necesidad del servicio de enfermería. Para ello, deberá tener en cuenta que la cuidadora principal también es una persona de la tercera edad y la negativa a suministrarlo, en caso de que esa sea la decisión que se adopte, deberá ser claro y suficientemente justificado por escrito, indicando si es necesario, las medidas de atención alternativas que se adopten frente a las evidentes necesidades de asistencia que requiere el paciente.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el veintiocho (28) de octubre de 2014 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caucasia en el expediente T-4.847.372, en el trámite iniciado por Luzmila Sibaja, como agente oficioso de Genoveva Guerra Posada contra Coosalud EPS, para, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Genoveva Guerra Posada.

SEGUNDO.- ORDENAR a Coosalud EPS que en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, autorice y suministre el servicio de enfermería domiciliaria para que se le realice a la señora Genoveva Guerra Posada, el procedimiento de “diálisis peritoneal” conforme con lo prescrito por el médico tratante.

Tercero.- MODIFICAR el fallo dictado el 22 de septiembre de 2014 por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá que, a su vez, confirmó el dictado el 29 de agosto por el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad contenido en el expediente T-4.848.231, en el trámite iniciado por Catalina Lizcano Guerra como agente oficioso de Silvio Lizcano Diazgranados contra Médicos Asociados S.A., para, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Silvio Lizcano Diazgranados.

CUARTO.- ORDENAR al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales que en el término de cinco (5) días hábiles contado a partir de la notificación de esta providencia, a través de la institución prestadora de salud con la que tenga contrato, realice, con un profesional de la salud, una visita domiciliaria al señor Silvio Lizcano Diazgranados, a fin de determinar en ese mismo lapso la necesidad del servicio de enfermería. Para ello, deberá tener en cuenta que la cuidadora principal también es una persona de la tercera edad, y la negativa a suministrarlo, en caso de que esa sea la decisión que se adopte, deberá ser clara y suficientemente justificada por escrito, si es el caso, las medidas alternativas de atención que se adoptaren frente a las evidentes necesidades asistenciales que requiere el paciente.

QUINTO.-Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-510/15

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Se debió ordenar directamente suministro de servicio de enfermería (Salvamento parcial de voto)

Para ordenar la prestación del servicio de enfermería domiciliario debe existir un concepto médico favorable, presupuesto que no cumple el asunto sub examine. Sin embargo, dadas las condiciones particulares del agenciado, por razón de su edad, sus antecedentes clínicos y los escasos recursos económicos que dispone, y de la cuidadora principal, quien también es sujeto de especial protección constitucional por razón de su avanzada edad, ha debido disponerse directamente lo solicitado y no someter al accionante la espera de una nueva visita y su correspondiente trámite. Por lo expuesto, considero que la sentencia no solo debió proteger los derechos fundamentales a la vida digna y salud como en efecto lo hizo, sino también, ordenar directamente al accionado que autorice y suministre el servicio de enfermería domiciliaria al accionante, en razón a la compleja situación que presenta.

Referencia.: Expedientes Acumulados T-4.847.372 y T-4.848.231

Acciones de tutela instauradas por Luzmila Sibaja Guerra como agente oficiosa de Genoveva Guerra Posada contra COOSALUD EPS y Catalina Lizcano Diazgranados contra Médicos Asociados S.A.

Magistrado Ponente:

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito salvar parcialmente el voto de la determinación adoptada por la Sala Cuarta de Revisión dentro del expediente de la referencia. Para exponer mi discrepancia haré una relación sucinta de las particularidades del caso y la consecuente exposición de los motivos que la justifican.

1. Contenido de la sentencia.

1.1. El asunto resuelto por la Sala Cuarta de Revisión en esta oportunidad abordó el problema jurídico de establecer si la negativa a autorizar el servicio de enfermería domiciliaria para atender los padecimientos que aquejan a los agenciados, vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna.

1.2. Siguiendo el acápite de antecedentes del fallo, en el primer caso[30], se tiene que la señora Genoveva Guerra Posada tiene 80 años y padece de “insuficiencia renal crónica”, por lo que deben realizarle 4 veces al día “diálisis peritoneal”. Está afiliada al régimen subsidiado en COOSALUD EPS, entidad a la cual solicitó el servicio de enfermería domiciliaria, pero fue negada en razón a que tal procedimiento debe ser efectuado por el paciente o cuidador primario. En instancia, la solicitud de amparo fue negada.

1.3. En el segundo expediente acumulado[31], el señor Silvio Lizcano Diazgranados tiene 89 años y su diagnóstico es “secuelas de enfermedad cerebro vascular”, “gota” y “trastorno deglutorio”. Está afiliado al régimen contributivo a través del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales y recibe la atención médica a través de la IPS Médicos Asociados. Las mencionadas entidades le negaron el suministro de la bomba de infusión de alimentación y las terapias ocupacionales, fonoaudiológicas y físicas domiciliarias, ordenadas por el médico tratante; así como el servicio de enfermería domiciliario, que según la demandante es necesario para atender la salud del agenciado, ya que la persona encargada de cuidarlo es su esposa, quien tiene 78 años.

El juez de primera instancia, protegió los derechos fundamentales del señor Silvio Lizcano Diazgranados y como consecuencia, (i) ordenó al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales y a la IPS Médicos Asociados, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del fallo, autorizar las terapias ordenadas y entregar la bomba de infusión; y (ii) negó el servicio de enfermería, porque el médico tratante había considerado que no era necesario. La demandante impugnó el anterior proveído y el Ad quem confirmó la decisión.

1.4. En sede de revisión, la Sala Cuarta protegió los derechos a la salud y vida digna de los agenciados, y ordenó: (i) a COOSALUD EPS, que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del fallo, autorice y suministre el servicio de enfermería domiciliaria a la señora Genoveva Guerra Posada, para que realice el procedimiento de

“diálisis peritoneal”; y (ii) al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esa providencia, a través de la institución prestadora del servicio de salud con la que tenga contrato, con un profesional de la salud le realice una visita domiciliaria al señor Silvio Lizcano Diazgranados, a fin de determinar la necesidad del servicio de enfermería. “Para ello deberá tener en cuenta que la cuidadora principal también es una persona de la tercera edad, y la negativa a suministrarlo, en caso de que esa sea la decisión, deberá ser clara y suficientemente justificada por escrito, si es el caso, las medidas alternativas de atención que se adoptaren frente a las evidentes necesidades asistenciales que requiere el paciente”.

2. Motivos del Salvamento Parcial de Voto.

Mi disidencia obedece a los motivos que a continuación expongo:

2.1. A pesar de que el fallo amparó los derechos fundamentales de los agenciados y ordenó a las entidades encargadas de prestar el servicio de salud adelantar actuaciones puntuales, en relación con el señor Silvio Lizcano Diazgranados[32], tal garantía no fue plena, toda vez que se limitó a ordenar una nueva visita domiciliaria a fin de determinar la viabilidad de que se asigne el servicio de enfermería solicitado, valorando que la cuidadora principal es un adulto mayor.

2.2. La providencia en mención analiza la situación particular del agenciado, quien es un paciente de 89 años con “secuelas de enfermedad cerebro vascular”, “gota” y “trastorno deglutorio”, y es atendido en casa por su cónyuge, una señora de 78 años, que se encarga de cuidarlo y entre otras cosas, alimentarlo a través de la sonda de gastrostomía con la bomba de infusión. No obstante, se abstiene de ordenar directamente la prestación del servicio de enfermería a pesar de que los hechos indican la necesidad que tiene el paciente de recibirlo.

2.3. En efecto, para ordenar la prestación del servicio de enfermería domiciliario debe existir un concepto médico favorable, presupuesto que no cumple el asunto sub examine. Sin embargo, dadas las condiciones particulares del agenciado, por razón de su edad, sus antecedentes clínicos y los escasos recursos económicos que dispone, y de la cuidadora principal, quien también es sujeto de especial protección constitucional por razón de su avanzada edad, ha debido disponerse directamente lo solicitado y no someter al señor

Silvio Lizcano Díazgranados a la espera de una nueva visita y su correspondiente trámite.

2.4. Por lo expuesto, considero que la sentencia no solo debió proteger los derechos fundamentales a la vida digna y salud como en efecto lo hizo, sino también, ordenar directamente al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales que autorice y suministre el servicio de enfermería domiciliaria al señor Silvio Lizcano Díazgranados, en razón a la compleja situación que presenta.

Fecha ut supra,

Magistrado

[1] Información que no resulta ser cierta como quiera que de la historia clínica del paciente se desprende que nació en el año 1925 (folio 7).

[2] Enfermedad Cerebro Vascular.

[3] Folio 34 a 42.

[4]Folio 49.

[5]Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).

[6]Decreto 2591 de 1991: “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[7]Corte Constitucional Sentencia T-531 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[8]Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

[9]Corte Constitucional, Sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[10]Corte Constitucional, sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

[11] Constitución Política, artículo 46.

[13] Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[14] Corte Constitucional, Sentencias T-165 del 17 de marzo de 2009 y T-050 del 2 de febrero de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[15]“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”.

[16]“Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).”.

[17] A partir de la expedición de los Acuerdos 011 de 2010, 027 de 2011 y 032 de 2012 de la Comisión de Regulación en Salud, se unificó el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y subsidiado para toda la población.

[18]“Tecnología en salud: Concepto que incluye todas las actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con los que se presta esta atención en salud.”Resolución 005521 de 2013.

[19] Sentencia T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[20] Resolución 5521 de 2013.

[21]Al respecto del servicio de enfermería en el domicilio del afiliado, entendido como una atención domiciliaria, el Artículo 29 de la Resolución 5521 de 2013 afirma lo siguiente: “La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Dicha cobertura está dada solo para el ámbito de la salud y no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud”.

[22] Sentencia T-274 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[23] Ibídem. En el mismo sentido esta Corte lo ha expresado de la siguiente manera: “en el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.” Criterio expresado en la Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la cual reiteró la posición desarrollada, entre otras, en las siguientes sentencias: T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-819 de 1999, Álvaro Tafur Galvis, T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. // Así pues, “Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.” Sentencia T-345 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

[24] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[25] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[26] M.P. Nilson Pinilla Pinilla. // En aquella ocasión se estudió el caso de una persona que se encontraba “postrada en cama”; allí, el mismo galeno “reveló la diferencia entre los servicios de enfermería y de cuidador primario, afirmando que el paciente no tiene

necesidades del primero, pues no se le aplican medicamentos intravenosos ni se le realizan procedimientos que requieran un profesional en esa materia. A la par, se verificó que el agenciado ha necesitado de enfermeros para procedimientos específicos, los cuales han sido autorizados por la EPS, en especial en virtud de su inscripción al programa de medicina domiciliaria “salud en casa”.

[27] Sentencia T-730 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[28] Decreto 1890 DE 1995 Por el cual se reglamenta los artículos 130 y 236 de la ley 100 de 1993.

[29] Plan de beneficios P.O.S. Y P.A.C. para los usuarios del fondo. Condiciones de obligatorio cumplimiento para la prestación de los servicios de salud vigentes. Selección Abreviada No.017 de 2014

[30] Expediente T-4.847.372

[31] Expediente T-4.848.231.

[32] Expediente T-4.848.231.